4

IESVS, MARIA, IOSEPH.

ALEGACION IVRIDICA. POR D. CRESPINIANO.

DOñA OCTAVIA, Y DOñA YSIDRA CERDAN, HERMANOS.

CON

IOSEPHA FABREGVES, Y DE SAYDIA, VIVDA, Y HEREDERA del quondam Ioseph Saydia, y Camòs, Generoso.

SOBRE

LA SVCESSION, Y IVNTAMENte mission, en possession de los bienes del quondam Miguel Iuan Saydia.

Con licencia: En Valencia: En la Imprenta de FRANCISCO MESTRE, Impressor del S. Tribunal de la Inquisicion, junto al Molino de Rovella. Año 1693.

Dirigat Dominus verba mea in Viam veritatis, & iustitiæ.

Gano esta parte a de Agosto de 1701.



1 MIGUEL Iuan Saydia, y Camòs, Generoso, con su vltimo testamento, que autorizò Ioseph Pertusa, Notario, à los 17. de Setiembre 1624. y publicò el mismo à los 11. de Agosto 1625. instituyò heredero vniversal à Iuan Ioseph Saydia, y Camòs, su hijo primogenito, con libre facultad de disponer de sus bienes, en caso de morir con hijos legitimos, y naturales de legitimo matrimonio nacidos, y procreados.

2 Y en caso de morir sin hijos legitimos (deducidas 200. lib. de las quales le concediò facultad de poder disponer para sufragio de su alma,) substituyò à Pedro Iuan Ignacio Saydia su segundo hijo, con la misma libertad de disponer, en caso de morir con hijos legitimos.

3 Y para el de morir sin ellos, ni otros descendientes, substituyò à otro hijo varon si tuviesse, y de este successivamente fuesse la herencia, hasta el vltimo varon.

4 En falta de varones, substituyò à Basilisa Teresa Saydia su hija, con substitucion reciproca entre todas las hijas, hasta la vltima, y descendientes de ella.

5 Y en caso de faltar totalmente su descendencia legitima, substituyò; esto es, en los bienes del Reyno de Valencia, à su pariente mas cercano, y en los del Reyno de Mallorca, al Convento de Carmelitas Descalços, construido extra muros de dicha Ciudad.

6 Murieron sin hijos, ni descendientes Ignacio, y Basilisa, antes de Iuan Ioseph heredero, y despues faltò èste sin hijos, ni descendientes; con que totalmente se ex-

extinguiò la descendencia del dicho vinculador, por cuya causa pretenden Don Crispiniano, Doña Ysidra, y Doña Octavia (por parientes mas cercanos) aver sucedido iure vinculi, & substitucionis, en el instituido por el dicho vinculador; y assi lo suplican, y piden se declare, en la peticion que dà principio al pleyto, cuya pretension contradize Iosepha Fabregues, como ha heredera de Iuan Ioseph Saydia, heredero primero; y juntamente vltimo posseedor de los referidos bienes, esforçando la libertad de ellos, y en su caso la retension por las mejoras.

7 El que pide la declaracion, de aver sucedido iure vinculi, substitutionis, aut fideicomissi, dexado sub aliqua conditione, ha de verificar quatro requisitos, precisamente necessarios para el obtento, como doctamente lo advierte Anton. Peregrin. *de fideicom. art.* 43. *à num.* 1. *cum seqq.*

8 El primero, es la existencia del fideicomisso, *l. ille à quo, §. si de testamento ff. ad trebel. l final, Cod. de edicto, Div. Adrian. tol. not. glos.* & Bart. con otros citados por Peregrin. *vbi supra num.* 2.

9 El segundo, es el cumplimiento de la condicion, bajo la qual se ha dexado, *l qui hæredi, §. Plautius, l. hæres statu liberorum, ff. de condit. & demonst.* melior. text. *in l. si quidem, C. de except.* ibi: *Conditionem extitisse, l. vnica, §. sin autem, sub conditione, C. de cadu. tolend.* y es proposicion de regla en qualquier disposicion condicional, que no puede vno conseguir cosa en fuerça de ella, sino verifica el cumplimiento de la condicion, *l. quod si, ff. de condict. indebiti, l. ita stipulatus, ff. de verb, obligat. cum vulgat.* notat Bartolus, Socin. Decius, Cephal. y otros citados por Peregrino vbi supra *num.* 9. & 10. & post eum alios referens Censalius ad Per. *dict. art.* 43. *num.* 10. & late comprobat Fusar. *de subst. quæst.* 614. *à num.* 1.

El

10 El tercero es, verificar, que es llamado à la sucession; y assi, si esta es a favor de los hijos, y parientes, ha de probar la filiacion, y parentesco, por la general regla, en todas materias, *quod, qui ut talis agit, debet se probare talem, l. divus, ff. de re iudicata, l. non ignorat, C. qui acusa. non possunt, l. falsus tutor, ff. quod falso tut.* & ibi exornat Castillo *tom. 6. cap. 123. à num. 1. cum seqq.* Y en materia de fideicomisso Menoch. Roland. Felin. Socin. Dec. y otros, citados por Pereg. *ubi supra à num. 60.* late Castillo *lib. 5. cap. 122. à num. 1.* & melius *cap. 123. à num. 1. cum seqq. ubi latè exornat.*

11 El quarto es, verificar, y probar, que los bienes que se piden, eran del que fundò el vinculo, pues como à tales se piden; y es regla vulgar, que qualquier està obligado à verificar, y probar el fundamento de su intencion, *l. ei incumbit, ff. de probat. l. actor. C. eodem, l. non solum, §. sed ut probari, ff. de novi oper. nunt.* notat Bart. Dec. & com. DD. citados por Pereg. *art. 44. à num. 1. cum seqq.*

12 Siguiendo el sentir de tan gravissimo Autor, dividirè esta alegacion en cinco partes. La primera, manifestarà la existencia del fideicomisso. La segunda, probarà el cumplimiento de la condicion. La tercera, verificarà en Don Crispiniano, y sus hermanas, la calidad de parientes mas cercanos del instituidor. La quarta, harà patente los bienes del vinculador. La quinta, excluirà las mejores, por las quales se pretende la retension de los bienes.

PARTE PRIMERA

EN LA QVAL SE MANIFIESTA LA *existencia del fideicomisso, que se pretende.*

13 EN vista de la clausula hereditaria, sacada del vltimo testamento de Miguel Iuan Saydia, autentica, y fee faciente, presentada por mi parte en el pleyto, fol. 27. y todo el testamento por Iosepha Fabregues, fol. 349. no se puede dudar de la existencia del vinculo, y fideicomisso, de que se trata; pues el mejor modo de probarle, es por ostension del testamento, en su devida forma exhibido, y presentado, *l. final. C. de edict. D. Adrian. Tolend.* & ibi comm. DD. *l. continuus, §. cum ita, ff. de verb. obligat. l. ille aut ille, §. cum in verbis, ff. de legat.* 3. Ioannes Petrus Actolinus *resol.* 106. *num.* 68. punctim Pereg. *dict. art.* 43. *à num.* 2. y con mas propiedad en el presente caso, que el mesmo adversario à aprobado el testamento, presentandole, y exhibiendole en el pleyto, ad traddita por Pareja *de instrument. adit. lib.* 1. *tit.* 3. *§.* 3. *num.* 47.

14 De cuyo contexto claramente se deprende, que fue enixa, y clara la voluntad del testador, instituir heredero à su hijo primogenito, y en ciertos casos substituir al segundo, y demas hijos varones; y despues de estos à las hijas; y faltando su descendencia, al pariente mas cercano.

15 Aunque à todas luzes es tan clara la existencia de nuestro fideicomisso, la pretende escurecer, y deslumbrar Iosepha Fabregues, con la nuve de vna ideada caducidad, que la induce, de aver premuerto Ignacio, y Basilisa, substitutos en primero, y segundo lugar al heredero; de lo que infiere, que aviendo premuerto los

di-

dichos al heredero, aunque este despues aya faltado sin hijos, no tiene lugar la substitucion mas remota, del pariente mas cercano; pues aviendo caducado los grados antecedentes, è intermedios, no puede abrirse la puerta al substituto en el vltimo grado; aviendo este de entrar à la sucesion despues, y por medio de aquellos, por ser substitucion de grados connexos, dependientes, y concadenados entre si; en cuyos terminos, caducando vn grado, se cierra la puerta à los demàs subsiguientes, por la vulgar regla, *quod sublato principio, sive medio, finis locum vindicare non potest*, argum. *text. in l. quandiu, ff. de aditione hered.* cuya jurisprudencia es vulgar, y comunmente recibida; y la estableciò por cierta Oldrado *cons.* 177. à quien siguieron Alexand. Socin. Anchar. Paris, Honded. Decio, y otros modernos, citados por Antonino de Amato *resol.* 40. *à num.* 3. & 4.

16 Pero para excluir esta pretendida caducidad, fundada vnicamente en la premoriencia de los primeros intermedios substitutos al heredero, es terminal la disposicion del fuero 44. *de testam.* que à la letra decisivamente dispone: que quando el testador vsa de diferentes grados de substitucion, si viviendo el heredero, mueren algunos de los siguientes substitos, ha de suceder en los bienes el otro grado inmediato, que sobrevive al premuerto, *hæc sunt verba*, ibi: *E si el testador farà molts graus de substitucio de vna persona en altra, qualsevol dels mijans substituits morrà, ans que el hereu instituit, & ans que altre substituit, que li sia precedent en grau, que aytal substitucio haja lloch, è los bens axi vinclats, pervinguen als darrers substituis, tot en axi, com si los dits instituits, & substituits morisen de grau en grau, segons la ordinacio del testament.*

17 Y no queda en sola foral disposicion, esta materia roborada; sino que ha passado à regla cierta, esta-

ble-

blecida por el derecho comun, que quando premueren el primero, y otros substituidos al heredero, quedan en este los bienes, *cum eodem onere, & gravamine*, de aver de passar al substituto sobreviviente, expresso texto *in l. vnica, §. pro secundo, C. de caducis tolendis*; del qual son comprobantes, *l. Gallus in principio, ff. de liberis, & postumis, l. si alienas, l. cum pater, §. cum pater, ff. de leg. 2. l. si ab eo, ff. de vsufruct. & ibi glos. & communiter repetentes.*

18 De forma, que infieren comunmente los Dotores, que faltando, y hablando en propios terminos, caducando el primer grado de substitucion, no solo no caduca el segundo, ni queda este privado de la sucession; sino que antes bien, por faltar el primero, se abre puerta à la sucesion en el segundo.

19 Y es la razon; *quia gradus supervivens, subrogatur in locum de mortui, & eo in casu, secunda, vel alia substitutio, fit prima.* Asi lo notò primeramente Bartol. *in l. quandiu 68. in fine, ff. de adquir. hared.* à quien siguieron Bald. Ymola. Angel. y casi infinitos, citados por Fusar. *de subst. quast. 469. per totam.* Latè Pereg. *de fideicom. art. 15. per totum*, & ibi Censalius; y es terminal la *resoluc.* 40. de Antonin. de Amato, en donde disputa latamente este punto, y le resuelve decedido en su Senado, contra la caducacion. Gracian. *discept. for. cap.* 747. lo mismo establece Alexand. Ambrosin. de opinion del Senado Perusino *decis. 44. per totam, part. 2.* del Senado de Saboya, Anton. Faber. *in C. lib. 6. tit. 8. diffin.* 13. del Senado Senense, Christoph. Medicis *decis. 8. num. 46.* y del Senado de Aragon es llena la *decis.* 50. del S. Regente Sessè, Cesar Carena *resol. 154. per totam*, Tondut. *quast. Civil. part. 2. cap. 161. per totum.*

20 Esta practica, tan seguida de los Senados, se deduce de la Theorica siguiente; y es, que à los testadores les concediò la ley vna suprema facultad de disponer de

sus

sus bienes, y para que esta no quedasse atada à favor de vna persona sola, se establecio: que a los herederos, que nombrassen, podian darseles substitutos de muchos modos; es à saber, vulgares, pupilares, exemplares, y compendiosos, DD. *communiter ad titul. de vulgari, & pupillar. subst.* y de cada especie de substitucion, late Pereg. *de fidei.* Fusar. Trentacinq. y Intigriol. *de substit. fere per totum tractatum.*

21 En el caso presente, el testador vsò de la substitucion compendiosa, pues la explica con aquellas palabras: *Substituix, vull sia, y morint sens fills*, cuyas palabras inducen substitucion compendiosa, *per verba communia prolata, glosa ab omnibus recepta, in l. si testamento, C. de testam.* late Fusar. *de subst. quaest. 223. per totam*, Gracian. *discept. foren. cap. 405.* Surd. *decis. 37. num. 8.* Trentacinq. *de substit. part. 4. cap. 4. per totum* Fonta. *decis. 41. per totum*, Rota apud Bich. *decis. 17. à num. 6.* & passim DD.

22 La naturaleza de la substitucion compendiosa, es comprehender en si todas las demas especies de substitucion; de forma, que si sucede el caso de la vulgar, se reputa por vulgar; si sucede el caso de la substitucion fideicomissaria, se juzga de ella, como si fuera fideicomissaria; y assi de los demas generos de substitucion, DD. *in l. centurio, ff. de vulg.* Trentacinq. *vbi supra part. 4. cap. 2. à num. 1. cum seqq.* Fusar. *quaest. 239. fere per totam*; y con gran magisterio el S. Visecanceller D. Christoval Crespi *observ. 41. à num. 14.*

23 Quando el testator haze muchos grados de substitucion compendiosa, el primer grado de substitucion, comprehende vna substitucion vulgar, respeto del heredero, para en caso que este no quiera, ò no pueda serlo; y comprehende otra substitucion fideicomissaria, respeto del mismo heredero, para en caso, que este accepte la herencia; y despues de su muerte, si la substitu-

tucion es absoluta, y cumplida la condicion, si fuere condicional, suceda el substituto.

24 Puesto en experiencia, sucede en esta forma: Pedro instituido heredero, y en caso de morir sin hijos, substituido Iuan compendiose; si Pedro no accepta, ò no puede, por ser premuerto al testador, en este caso sucedera Iuan ex vulgari; porque, como queda dicho, la substitucion compendiosa, contiene la vulgar expressa, que es: *Si hæres non erit*. Pero si Pedro accepta, y muere despues sin hijos, ya no puede Iuan suceder ex vulgari; pues èsta feneciò *per aditionem hæreditatis, l. post aditam, C. de impuber. & alijs subst. l. si legata, C. delegatis*, Pereg *de fideicom. art.* 15. *num.* 30. Fusar, *de subst. quæst.* 65. *per totam*, y entonces sucede ex fideicomissaria, comprehendida in illa compendiosa.

25 El segundo, y demàs grados de substitucion compendiosa, comprehende dos vulgares: La vna, respeto del heredero; y la otra, respetó del primer substituto; y asimismo comprehende dos substituciones fideicomissarias: La vna, respeto del heredero; y la otra, respeto del primer substituto; y pueden suceder en esta forma: Pedro instituido, y faltando sin hijos, substituto Iuan; y faltando este sin hijos, substituido Francisco: Si Pedro accepta, y despues muere, ni Iuan, ni Francisco pueden suceder, ex illa vulgari, que mirava al heredero; pues esta cesò per *aditionem hæreditatis*, sino que han de suceder ex fideicomissaria; pero si al tiempo de morir Pedro, Iuan era premuerto, Francisco sucederà ex fideicomissaria, respeto del heredero, y *ex illa alia vulgari*, respeto de Iuan premuerto. Porque asi como el primer substituto, lo es, respeto del heredero, en caso de morir este antes de acceptar la herencia; del mismo modo, el segundo substituto lo es del primero, en caso que este premuera, y por esta premoriencia, no accepte la substitucion.

No

26 No es ideada en mi esta Theorica, la enseñò el Padre de la Iurisprudencia Bartolo, à quien siguiò Alexand. Paul. Castren. y otros citados por Socin. Iun. *conf.* 94. *num.* 30. *volum.* 1. y de estos la aprendiò, y explicò con mas claridad Surd. *conf.* 347. *num.* 15. Christophorus Medicis *decis. Senens.* 8. *num.* 45. Pereg. *art.* 15. *num.* 4. *&* 5 & post eos Fontanela *decis.* 41 *à numer.* 13. *omnino videndus*; y lo resolviò con elegancia Cesar Carena *d. resolut.* 154. *num.* 4. diziendo: Que caducado el primer grado de substitucion, sucede el segundo, en fuerça de la vulgar, en quanto se subroga està al grado caduco; y en fuerça de la fideicomissaria, sucede en quanto à la adquisicion de los bienes, y esto lo asienta por cierto, y indubitado, ibi: *Primo, quia cum tam prima, quam secunda substitutio, sit compendiosa indubitatum est apud omnes, rectè sentientes, præmortuo primo substituto, admiti secundum virtute vulgaris comprehensa in compendiosa, quoad sub ingretionem gradus perempti; & virtute fideicommissaria, quoad capiendam hareditatem, Fusar. &c.*

27 Aplicada toda esta Theorica, al caso practico de nuestra contingencia, digo: Que aviendo nuestro vinculador instituido heredero à Ioseph, substituido compendiose (veanse las palabras, ibi: *Substituix, morint sens fills, succeixca, &c.*) a Ignacio, despues à Basilisa, y vltimamente al pariente mas cercano; aviendo acceptado el heredero, premuerto à este Ignacio, y Basilisa sin hijos, y despues aver faltado sin ellos el heredero, han de suceder los parientes mas cercanos, respeto del heredero, non ex vulgari; porque cesò la vulgar ex aditione hereditatis, sino ex fideicomissaria, y ex illa alia vulgari, respeto del primero, y mas substitutos, por ser premuertos; pues tambien à estos fueron los parientes substitutos, en caso que no pudiessen suceder por la premoriencia; y assi no puede inducirse cadu-

ca-

cacion alguna; respeto del pariente mas cercano, como menos bien pretende Iosepha Fabregues.

28 Ni se puede pretextar la asserta caducacion con dezirse, que en este frangente serian las substituciones concadenadas, connexas, y dependientes vnas de otras: porque el contexto de ellas, manifiesta lo contrario, y es clara, y enixa la voluntad del testador, queriendo que faltando su descendencia, sucediesse el pariente mas cercano; y aviendo sucedido la premoriencia de los substitutos intermedios, quedò el pariente mas cercano inmediato substituto del heredero; y como dizen los Autores se subrogò en lugar de los premuertos, haziendose de vltimo substituto, primero.

29 Y la razon genuina la decifrò Antonin. de Amato *dict. resolut.* 40. terminal, y decessiva de nuestro caso, el qual despues que en el fin del *num.* 9. se objeta por argumento contrario la connexidad, dependencia, y coordinacion de las substituciones, en el *num.* 10. y en los siguientes dà cabal satisfacion à todas las objecciones, que se pueden hazer en esfuerço de la caducacion: y prosiguiendo la materia, assienta por principio cierto, que el ser vno llamado despues de otro, y otro despues de otro, no induce, ni haze las substituciones concadenadas, dependientes, ni connexas, sino es en vn caso; es à saber, quando la substitucion es meramente fideicomissaria, y el testador substituyò vn grado à otro nominatim; esto es, queriendo, tanquam sub conditione, que no pudiesse suceder el grado subsiguiente, que no fuesse aviendo sucedido el antecedente, como doctamente advirtiò Pereg. *art.* 15. *à num* 26. dando la razon: *Quia cum ab vno nominatim relinquitur, si hic non capit, nequit, alteri dare, l. cohæredi, §. cum filia, ff. de vulgari*, y citando este lugar de Pereg. Rota apud Durand. *decis.* 339. *num.* 27. & melius Rota apud Bichium *decis.* 17. *à num.* 16. & *decis.* 548. *à num* 1.

Ca-

Carena *dict. resol.* 154. *nu.* 5. *vers. Non obstat*, Cyriac. *controvers.* 269. *à num.* 35. *cum seqq.*

30 Y aun en caso, que nuestra substitucion fuesse meramente fideicomissaria, por sola la premoriencia de los substitutos intermedios, no quedavan excluidos los parientes substituidos en vltimo lugar, por la expressa decision del text. *in l. vnica, §. prosequend. Cod. de caducis tolendis*, que à la letra dispone: que muriendo los substitutos intermedios, quedan los bienes en el heredero, con el mismo cargo, y gravamen de restituirles al substituto que le sobrevive, como por comun lo notò Pereg. *de fidei. art.* 15. *à num.* 21. *& cons.* 40. *num.* 6. *vol.* 1. Sessè *decis.* 238. *à nu.* 5. Gracian. *dict. cap.* 746. *à num.* 18. Ciriaco *dict. controvers.* 269. *à nu.* 35. *cum seqq.* infinitos referens Amato *dict. resol.* 40. *num.* 8. Fusar. *de substitut. quæst.* 469. *num.* 37. Carena *dict. resol.* 154. *num.* 5. Tondut. *resol. Civiles, cap.* 161. *per totum*; y todos dan por razon, *quia eo in casu vltima substitutio, fit prima.*

31 Y no solo por la premoriencia de los substitutos antecedentes, no quedaron los parientes mas cercanos privados de la sucession *mortuo hærede sine filijs*; sino que antes bien, la misma premoriencia, les diò aliento para mas presto llegar à la sucession de los bienes, como lo ponderò Alexandro Ambrosin. *dict. decis.* 44. llena para esta materia, & omnino videnda: el qual concluyendo ya su decision *nu.* 37. sic ait: *Vnde mors præmatura D. Lauræ, ne dum afficit proximioribus, quin immo mirum in modum, ipsos iubat, cum de medio sublata D. Laura, ipsis aperta sit via succedendi, &c.* y en el numero 39. vers. *Qua propter*, sic concludit, ibi: *Qua propter non requirebatur, quod dicta Laura, prior succederet: immo quo citius ipsa est præmortua, & citius aperta est, sitque proximioribus de agnatione, via succedendi, quibus interim ipsa erat impedimento, sta-*

 tim

tim subsecuta morte hæredum, & purificata conditione aperta, & devoluta est successio, &c.

32 Y por vltimo, los Autores que en contrario se podian expender, todos hablan en caso que los substitutos son premuertos, sin cumplirse la condicion, bajo la qual son llamados los parientes, como advierte Amato, Ambrosin. Gracian. y otros citados por ellos; pues en este caso, no pueden los parientes tener lugar, no cumpliendose la condicion, bajo la qual son llamados; y si sola la premoriencia de los substitutos antecedentes, pudiera embaraçar à los substitutos subsiguientes; no se cansariàn los DD. en buscar el cumplimiento de la cõdicion, en el grado premuerto; y solo por el defeto de esta, excluirian el grado inmediato sobreviviente, de cuya materia latamente el Señor Visecanceller *d. obs. 17. per totam*, Rota apud Durand. *decis. 339. à num. 66. cum seqq.*

33 De lo que se ha de inferir, que aviendo premuerto Ignacio, y Basilisa sin hijos al heredero, y despues este aver faltado sin hijos, ha de tener lugar la substitucion de los parientes mas cercanos, que son Don Crispiniano, y demàs hermanas, sin que se pueda considerar caducacion alguna, en el caso de nuestra contingencia.

PARTE SEGVNDA.

EN LA QVAL SE PRVEVA, AVERSE cumplido la condicion de la substitucion, y vocacion del pariente mas cercano.

34 LA condicion, de cuyo cumplimiento se trata, se reduce: à aver premuerto sin hijos Ignacio, y Basilisa, y aver faltado sin ellos Ioseph, he-

heredero; y que esto quede verificado, lo persuade lo siguiente.

35 Para lo qual supongo: que es question bien disputada entre los DD. à quien toca, è incumbe la obligacion de provar, aver muerto el instituido, eo substituido sin hijos. En cuya question se dividen los DD. en dos opiniones, entre si contrarias. La vna asienta, que el substituto sub conditione de morir el heredero sin hijos, para poder obtener en la demanda del vinculo, eo fideicomisso, deve provar, y verificar, aver faltado sin hijos el heredero. Fundase en el *texto in l. cum qui novissime, ff. ad trebelian.* en donde se decide, que el substituto llamado, despues del vltimo de los herederos que moria sin hijos, ha de provar, qual fue el vltimo de los dichos herederos, que sin hijos muriò; y la razon decisiva de este texto, es: *Quia negativa quando est fundamentum actoris debet ab eo verificari, l. qui acusare, C. de edendo, l. cum qui, ff. de probat. cum vulgatis*; y en fuerça de estas razones, siguieron esta opinion, *glos. in l. ex facto, §. si quis, ff. ad trebel.* & ibi Aretin. Alber. Immol. Cuman. & Alex. Cagnol. *ad text. in l. si emancipati C. de colation.* Bald. *consl.* 216. *lib.* 4. Alex. *consil.* 117. Pereg. *de fideicom. art.* 43. *num.* 49. & alios referens Fachineus *contr. lib.* 6. *cap.* 44. *vbi late comprobat.*

36 La otra opinion sigue lo contrario, y dize: Que el substituto, eo fideicomissario, no tiene obligacion de verificar la muerte sin hijos del heredero, y assi le basta provar la muerte; alegando, y diziendo, que fue sin hijos. Fundase, en que *in dubijs, à iure præsumitur, conditionem sine liberis extitisse, l. ex facto, §. si quis, ff. ad trebel.* cuya presuncion se funda, en que la existencia de los hijos, *est quid facti, & facta non præsumuntur, vulgata, l. in bello, §. facta, ff. de captivis, & postl.* Y assi, el que de la existencia opone, lo deve provar. En fuerça de esta razon, siguieron esta opinion Bartol. *in d. l.*

ex

ex facto, §. si quis, ff. ad trebel. & ibi Angel. sibi contrarius Paulus Castrens. *cons.* 388. *volum.* 1. Socin. Iun. *cons.* 61. *num.* 3. *lib.* 4. Alciat. *cons.* 166. *num.* 1. *lib.* 9. Bellon. *cons.* 19. *num* 3. Hieron. Gabri. *cons.* 107. *num.* 3. *lib.* 1. Surd. *cons.* 92. *num.* 16. *lib.* 1. Simon de Pretis *de interpretatione vltimar. volunt. fol. mihi* 279. & 544. *num.* 201. *cum seqq.* Menoch. *lib.* 4 *præsumpt.* 182. *num.* 5. Mascard. *de probat. conclus.* 343. *per totam*, vbi late, & hanc esse communem, & veriorem asserit, & decisum a Rota Farinac. *decis.* 456. *part* 1. Mantic. *de coniect. vltim. lib.* 11. *tit.* 4. & multos alios referens Fusar. *quæst.* 436. *n.* 3. *cum seqq.* pulcre Fulcius Pacia. *de probat. lib.* 2. *cap.* 7. *à num.* 1.

37 Y aunque esta opinion, por mas seguida, y por comun, devia hazerse lugar en nuestro caso; pero, como en el conflicto de dos opiniones contrarias, la mas segura es, la que distinguiendo consilia, *l. adeo, §.* 1 *ff. de adquir. rer. dom.* ibi: *Et tamen media sentencia, notat glos. in capite scienter extra de const. quia qui bene distinguit proximus est veritati*, dixo Seneca, citado por Saliceto *in l. filia, C. famil. ercisčunda*, con otros que refiere Coratius *de comun. opinion. lib* 1. *tit.* 6. *num.* 81. *cum seqq.* entrò el docto Covarrubias *lib.* 2. *variar. cap.* 7. *num* 6. *versic. Tertio in fine*, de opinion de Ripa à distinguir dos casos. El primero es, quando el substituto, eo fideicomissario, agit ad fideicomissum, alegando, que el heredero muriò sin hijos; pero consta, que algun tiempo les tuvo; y en este caso, dize: Que no basta en el substituto alegar, que muriò sin hijos el heredero, sino que lo deve provar; y en este caso se deven entender todos los Autores, que se han citado para la primera opinion.

38 Y es la razon: Porque supuesto que el heredero tuvo ya hijos, cessa ya la presuncion juridica, (que por ser quid facti, el tener hijos, & facta non presumuntur) que

que el heredero muriò sin hijos; antes bien constando, que el heredero semel, tuvo hijos, presume que estos viven, y assimismo presume, que el padre muriò primero que ellos.

39 El otro caso es, quando el fideicomissario alega, que el heredero muriò sin hijos, y no consta, ni se ha probado, ni alegado ex adverso, que les tuviesse en jamas, y en este caso dize; que le basta al fideicomissario la negativa, alegando, y diziendo, que es muerto sin hijos; de forma, que tiene fundada su intencion, dummodo de contrario no conste, y en este caso hablan los Autores de la segunda opinion, como lo explica magistralmente el dicho Covarrubias, *dict. lib. 2. variar. cap. 7. versic. Primus casus, & vers. Secundus casus, & vers. Tertius casus, omnino videndus.*

40 Esta misma distinccion aprobò por comun, distinguiendo los dos casos, Molina *de Hisp. primog. lib. 3. cap. 9. num. 27.* vbi sic erudite loquitur: *Si vero quis pratendat, se esse proximiorem vltimi possessoris, ex eo quod is, absque liberis decesserit, probato se esse eiusdem cognatum, non tenebitur probare, quod vltimus maioratus possessor, absque liberis decesserit, sed in hoc habebit fundatam intentionem, cum habere liberos, quid facti sit, factaque non prasumuntur, nisi probentur, quod dixit Bartol. Angel. & Paris. quorum opinio dixit communem esse Anton. Gabriel, nisi constet vltimum possessorem aliquando liberos habuisse; tunc nammque, qui dixit filios ante patrem decessisse, illud probare tenebitur, &c.*

41 Y aunque Anton. Pereg. en el tratado *de fideicommis. dict. art. 43. num. 51.* sin embargo de aver reconocido por mas comun la opinion que afirma, que no tiene obligacion el fideicomissario de provar, que el heredero muriò sin hijos, siguiò la contraria absolutamente; pero despues en el *lib. 6. de sus vari. num. 173.*

 se

se arrimò, y siguiò la distinccion de Covarrubias, y de Molina, y otros sus sequaces; y Censalio en sus observaciones al dicho Pereg. *dict. art.* 43. *num.* 51. sigue esta misma distinccion, citando el lugar de Peregrino en el lugar inmediato de las variaciones.

42 Bien comprehendiò esta juridica distinccion, en los dos casos referidos, Don Diego Yvañes, de Faria, en las addiciones al citado Covarrubias, *dict. lib. 2. variar. cap. 6. num.* 35. sic ait: *Substitutus petens fideicōmissariam hæreditatem sibi relictam, si institutus sine liberis decedat, probare non tenetur, ipsum, prolem non reliquisse Molina, &c.* & ibi: *Quod plane procedit quoties non aparet liberos aliquando fuisse instituto; quod si eos extitisse dubium non sit, sed contravertitur à substituto, illos patri non supervixisse probare teneatur, de quo fuse Pacian. supra à nu. 2. & D. Covarrub. infra cap. proximo, num. 6. vers. Tertius aget substitutus, vbi nos num.* 24. y en este lugar que èl mismo se cita, sic ait: *Quoties constat, institutum aliquando prolem suscepisse, substituto agenti incumbit probare ipsam prius mortuam, quam pater, aut saltem simul decessisse Molina, &c.*

43 El caso de nuestra contingencia, es el de la presumpcion de drecho; pues Ioseph heredero, Ignacio, y Basilisa substitutos premuertos, no se sabe ayan tenido hijos, y por consiguiente segun lo que va ponderado, no tendrà obligacion mi parte, de provar aver faltado sin hijos, quando la presuncion de drecho se basta para el obtento, no aviendose ex adverso probado cosa en contrario.

44 No solo queda en esfera de esta presuncion el cumplimiento de la condicion, sino que se ha verificado, y probado plenariamente, aver faltado asi el heredero, como los otros substitutos premuertos sin hijos, ni otros descendientes; pues en respeto del heredero

dero, lo confiessa la dicha Iosepha Fabregues, y en esta forma a peticion della misma, se declarò ante el Iusticia Civil, con la declaracion que la misma ha presentado en el pleyto, *fol.* 18. y no ay mejor prueva que la confession que resulta de los mismos instrumentos que la misma parte presenta, ad tradita por el Señor Don Lorenço Matheu, *de Reg. Reg. Valenc. cap.* 10. *§.* 4. *à num.* 43.

45 Respecto de los dichos substitutos premuertos, queda probado, con la declaracion que obtuvo el dicho heredero ante el Iusticia Civil, en el año 1647. fol. 28. y por otra declaracion, que à instancia del Sindico de S. Felipe se ha obtenido en el pleyto, fol. 61. en que se ha declarado, aver sucedido en fuerça deste mismo vinculo en los bienes de Mallorca, por aver muerto sin hijos el heredero, siendo ya premuertos los dichos substitutos sin hijos, y estas declaraciones, aunque obtenidas con jurisdicion voluntaria, y sin injuncion de parte, hazen plena prueva, segun el notorio estilo del Reyno de Valencia, a cuya declaracion se deve estàr dummodo no se revoquen à instancia de algun interessado, ad tradita por el Señor Regente D. Lorenço Matheu, *cap.* 12. *§.* 6. *fere per totum, & signanter à num* 33.

46 Y con mayor razon en nuestro caso, que la parte adversa ha sido cominada en la materia impugnativa de los autos, en el pleyto à fol. 323. y no ha alegado, ni probado cosa en contrario de ellos, en cuyos terminos tienen fuerça, y autoridad de cosa juzgada, y el mismo valor, que si se huviere obtenido con injuncion de la misma parte, el Señor Regente Leon *decis.* 142. y de opinion de este, el Señor Don Lorenço Matheu *cap.* 11. *§.* 6. *num.* 9. el qual hablando destas declaraciones, iure vinculi, concluye ibi: *Nam hac omnia in iudicatum transierunt, si appellatio infra decem à die notitia non interponatur, d. l. cum prolatis, &c.*

De

47 De lo que resulta llanamente, averse verificado el cumplimiento de la condicion, llamamiento, y vocacion de los parientes.

PARTE TERCERA.

EN QVE SE PRVEVA AVER VERIFIcado Don Crispiniano, y sus hermanas la calidad de parientes mas proximos, y cercanos del fundador.

48 SI se reconoce, y mira con atencion el arbol, y genealogia de la parentela del fundador, lo primero que se viene à los ojos, es, la raiz comun de todos los de ella, que fue Miguel Iuan Saydia, que casò con Maria Madalena de Blanes. Este matrimonio se prueva plenamente, por la declaracion hecha en el año 1568. en el pleyto, fol. 59. en la qual el Iuez Ordinario, en fuerça de los testigos de vista, que alli se subministraron, les declara por coniuges; y lo corrobora la enunciativa del auto de cartas nupciales del año 1564. fol. 31. y el item del testamento de Felipe de Gaona, recibido en el primero de Março 1612. fol. 365.

49 De este matrimonio procrearon tres hijos, que fueron Beatriz Angela, Lorenço, y Francisca Saydia. Prueva estas filiaciones la dicha declaracion, pues en ella se declarò, aver sucedido ab intestato, al dicho Miguel Iuan, Lorenço, y Francisca, como a hijos, solide, por ser dotada Beatriz Angela, por el dicho Miguel Iuan, quando casò con Felipe de Gaona su padre, segun el *fuero 6. & 7. rubr. de dotis promissione.*

50 Corrobora estas filiaciones la otra declaracion del año 1572. fol. 30. en que Lorenço, y Francisca, hermanos, y hijos del dicho Miguel Iuan, se declararon suces-

cessores en los bienes alli expressados. La enunciativa del auto, del fol. 31. del año 1573. en que la dicha Madalena de Blanes, viuda del dicho Miguel Iuan, y Lorenço Saydia su hijo, otorgaron poder à Felipe de Gaona, hierno, y cuñado respective de aquellos. Acreditalo mas la enunciativa del auto, del fol. 32. del año 1575. en que el dicho Lorenço, assi en nombre propio, como de Curador de Francisca su hermana, y los dos, hijos, y herederos de Miguel Iuan, por obs de pagar la dote à la dicha Maria Madalena de Blanes, le transportaron diferentes bienes.

51 Corroborala mas el auto de cartas nupciales, del fol. 34. del año 1567. en que Miguel Iuan Saydia, y Maria Madalena de Blanes coniuges, colocando en matrimonio à Beatriz Angela su hija, con Felipe de Gaona, le constituyen la dote, de qua ibi: El item del testamento de Felipe de Gaona, fol. 364. en que declara, se restituya la dote de Beatriz su muger, hija dotada por los dichos Miguel Iuan Saydia, y Maria Madalena de Blanes: y tambien lo persuade la enunciativa del auto, del fol. 33. del año 1611.

52 La dicha Beatriz Angela, del matrimonio que contratò con Felipe de Gaona, procreò en hijo à Crispiniano de Gaona. Pruevàlo la declaracion del año 1618. fol. 58. Corroboràlo el testamento del dicho Felipe de Gaona, recibido en el primero de Março 1612. en que instituye heredero à Crispiniano su hijo, fol 365. El testamento del dicho Crispiniano, recibido en 23. de Noviembre 1604. fol. 361. La enunciativa del auto, del fol. 35. del año 1597. en que el dicho Crispiniano, intitulandose hijo del dicho Felipe, y Beatriz Angela, coniuges, ofreciò darles alimentos. Y la enunciativa del auto, del año 1597. fol. 36.

53 El dicho Crispiniano contratò matrimonio con Luisa Geronima Civera; consta por la enunciativa del

testamento del dicho Crispiniano, recibido vt supra, fol. 366. Por la declaracion del año 1640. fol. 293. Por la provision del año 1625. fol. 60. Por el legado, sacado del testamento de la dicha Luisa, del año 1637. fol. 37. atestiguanlo de trato, vista, y comunicacion Severino Ginart, sobre dicho interrogat. 14. fol. 145. y de auditu el Dotor Garcia, sobre el dicho interrogat. fol. 128. y el Dotor Enrich, sobre dicho interrogat. fol. 152.

54 De dicho matrimonio huvo quatro hijos, Madalena, Miguel Angel, Luisa, y Francisca; consta por la dicha declaracion, fol. 293. por la del fol. 58. por la provision del fol. 60. Por el item del legado del testamento de la dicha Luisa Civera, fol. 237. Y por el legado del testamento del dicho Crispiniano, fol. 366. y lo deponen el Dotor Garcia, interrogat. 14. fol. 128. Ginart, sobre dicho interrogat. fol. 145. Enrich, sobre dicho interrogat. fol. 152. De dichos quatro hijos, Madalena, y Luisa murieron sin hijos, consta por la dicha declaracion, y deposiciones de testigos, resumidos en el pleyto, fol. 186. versic. *Dels referits*: Francisca casò con Don Pedro Cerdà; consta por los testigos en la resolutoria, fol. 285. versic. *Dels referits*; de cuyo matrimonio nacieron Dō Crispiniano, y sus hermanas, mi parte. Luisa, y ~~Francisca~~ Madalena murieron sin hijos. De Miguel Angel desciende Doña Teresa Sanguino, que està vn grado mas remoto, y por esso excluida de la sucesion del vinculo de que se trata.

55 Lorenço Saydia, otro de los tres hijos de Miguel Iuan, raiz comun, casò con Margarita Camòs, y de este matrimonio tuvo en hijos à Miguel Iuan, vinculador; consta por el testamento del dicho vinculador, fol. 349. en donde dexò el vsufruto à su muger, con pauto, de alimentar al dicho Miguel Iuan su padre; y este en la publicacion del dicho testamento acceptò el legado. Se prueva tambien, por la clausula del testamento del

dicho Lorenço, fol. 29. en que instituye à Margarita su hija, y substituye à sus nietos, como à hijos del vinculador; y lo mismo consta por la clausula del testamento de la dicha Margarita Gamòs, fol. 294. en que instituye heredero al vinculador, nombrandole hijo suyo, y del dicho Lorenço su marido; y lo mismo se prueva de la declaracion del fol. 38. en la qual tambien se prueva, aver muerto sin hijos Margarita Saydia, hermana del dicho vinculador.

56 Francisca, vltima de los tres hijos de Miguel Iuan, raiz comun, casò con Gaspar Honblasco; y de este matrimonio tuvieron en hijos à Gaspar, Luis, y Vicente: Gaspar, y Vicente murieron sin hijos; y de Luis fueron procreados Gaspar, y Iuan, que todos murieron sin hijos, y del todo à fenecido la descendencia de la dicha Francisca; consta por lo que deponen los testigos, ponderados en la resolutoria, fol. 287. desde el versic. *Menys obsta.*

57 En vista de las declaraciones, y enunciativas de los autos, supra referidos, es innegable, quedar probado el parentesco con el vinculador; porque licet verum sit, que à sido bien controvertida la question entre los DD. de ambas Iurisprudencias, que genero de parentesco deva provar, el que como à tal pretende la sucession de algun vinculo, eo fideicomisso; en cuya materia, separando lo cierto de lo incierto, se deve distinguir; que si el testador pide solamente para la sucession vn pariente; obtendrà qualquier que probarà serlo, aunque sea in genere; pero si pàra la sucession, llama el mas proximo, y cercano; no le bastarà para el obtento, provar, que lo es in genere; sino que necessita de probarlo por grados distinctos, y ciertos. Es comun resolucion de Molina, Menoch. Mieres, Mascard. Pereg. Cevall. Garcia, Gracian. Perez de Lara, Cabedo, Marescot. y otros apud Castil. *lib. 5. cap. 67. num. 55. & cap. 93. à num. 53.* &

& melius *cap.122.à num.1.* addo Francis. Censalium *in observat.* ad Pereg. *de fideicom. art.43.* versic. *Primus casus est.* Et versic. *Secunda fuit sententia, circa finem*; y esta opinion esta canonizada por la Rota Romana, teste Garcia *vbi supra.*

58 Ajustandose à esta Iurisprudencia, à probado mi parte el parentesco, no solo in genere, sino por grados ciertos, y distinctos, empezando de la raiz comun; y de esta passando à las lineas, que descienden de ella: y por averle sido preciso, el probar filiaciones antiguas, se à valido de las enunciativas, con las quales se prueva la filiacion, eo consanguinidad *in antiquis*: de forma, que esta es la mejor prueva de los hechos antiguos. Hablando generalmente en todas materias de probança, doctamente *multos referens* Nicolaus Genua *in speciali tractatu de verbis enuntiativis lib.2.quæst.1.per totam*; y da las razones Iuridicas *à num. 30.* Y en el caso especial de probança de filiacion, eo parentela, para la sucesion de vinculo, eo fideicomisso Mascard. *de probat. conclus. 411. à num. 21. & conclus. 622. fere per totam*, Garcia *de Benefic. part. 7. cap. 15. à num. 32. cum seqq.* donde dize, que es comun opinion de la Rota Romana, Castil. *lib. 5. cap. 113. per totum*, *& signanter à num. 7.* Pereg. *de fideicom. art. 43. à num. 72. cum seqq.* & ibi Censalius *in observat.* late Genua *vbi supra lib. 2. quæst. 32. & 33. omnino videndus.*

59 Y aunque algunos dixeron, que estas enunciativas, para que mereciessen el nombre de antiguas, y que indujessen prueva, avian de ser ad minus de 100. años, ad tradita per Marescot. *variarum lib. 1. cap. 70. fere per totum*; pero prevaleciò la opinion, de que siendo *à personis non suspectis* proferidas; y siendo duplicadas para cada grado, y persona que se intente provar, el tiempo, para que se reputen por antiguas, se dexa al arbitrio del Iuez, dummodo este arbitrio se regule à no

ba-

bajàr de 56.años,eo à 60.como advirtiò Pereg. *d. art.* 43.*à num.*83.Genua *vbi supra lib.* 2. *quæst.* 32. & 33. pulcrè Castil.*alios referens lib.*5.*cap.*123.*à num.*25. & *cap.*93.*à num.*9.Palaes à Mieres *de maiorat. part.* 2. *quæst.*7.*ex num.*76.*cum seqq.in nova editione.* Y con mas razon,quando las enunciativas son en institucio-nes de herencia,cartas nupciales, y otros autos de este genero,que mas se apropian à los hijos *de qua materia videndus* Noguerol.*alleg.Fiscal.tomo* 1.*allegat.* 25. *à num.*60.& Rota apud Rojas *decis.*149. & apud Bichium *decis.*434 *ferè per totas*,eadem Rota in impressis apud Paitelium *decis.*14.*à num.*1.*cum seqq.*

60 Lo que contienen las declaraciones, estas por si solas hazen prueva plena, pues se deve estàr à lo que en ellas se declara *dummodo de contrario non constet*, D. Matheu *de regim. cap.*12. §. 1.*fere per totum*, & *signanter à num.*33.*pra maximè*,quando la parte, des-pues de hecha presentacion, à sido cominada en la ma-teria impugnativa de los autos;y no se à valido de re-medio de ellas,por lo que tienen fuerça de cosa juzga-da,D.Leo *decis.*142.D. Matheu *de regim. cap.* 11. §. 6. *num.*9.

61 En quanto à las enunciativas, tampoco puede caber duda,por ser tantas, que las mas passan de 100. años, y las otras de 60. y con la circunstancia de ser enunciativas,en clausulas de herencia,legados, cartas nupciales,y pagamiento de dotes,que por ser de cosas, que mas se apropian à los hijos, hazen mas veridica la prueva de las filiaciones, como queda probado *num.*59.

62 Es puntual la *decis.* 349. apud Gregor. XV. en donde se decidiò probada la filiacion, con la enuncia-tiva de hijo,junto con la institucion de herencia,& latè Beltraminus *in additionibus ad dictam decis.nu* 8.*lit-tera D.*y mas propia para nuestro caso la *decis.* 434. de

G la

la Rota apud Bichium *per totam*; en la qual se decidiò probada la parentela, para la sucessión de vn fideicomisso, por solas las enunciativas de las filiaciones, que ninguna de ellas llegava à 100. años, ni passava de 70. concluyendose por motivo, *num*. 9. ibi: *Magisque relevant hæc probationes in hoc iudicio, quo cum de descendencia agatur ad effectum successionis, sufficiunt leviores probationes Geminian. cons. 27. Buratus decis. &c. Immò quia nemo comparet, qui se proximiorem probet, necessaria non est probatio descendentiæ per gradus distinctos; sed sufficit probare consanguinitatem in genere, &c.* este es nuestro caso; pues no acomparecido en el pleyto ningun pariente, que pretenda la sucessión; y mi parte à probado su parentela, por grados ciertos, y distinctos, como queda dicho.

63 Quedando probado el parentesco de mi parte, no se puede dudar, quedarlo tambien la calidad de mas cercanos, y mas proximos; porque es resolucion cierta, y comunmente seguida, que qualquier que prueva el parentesco cierto, no aviendo otro competidor, que aya probado mayor cercania, se reputa, y se tiene por mas cercano, pulcrè Mascard. *conclus*. 73. & *conclus*. 1264. Pacian. *de probat. lib. 2. cap. 12. num. 26.* latè Casti. *lib. 5. cap. 93. à num. 53.* Pereg. *art. 43. à num. 63.* & doctè Censalius *vers. 2. declarat per text, in l. 1. §. proximior, C. vnde cognati, l. proximus, & l. proximi de verb. signif.* Rebuf. *ad dictam leg.* Mieres *multos referens de maiorat. tom. 1. part. 2. quæst. 7 à num. 68. cum seqq.* Giurba *ad const. Mesanen. cap. 11. glos. 5. numer. 17.* Surd. *cons. 241. num. 26.* vbi infinitos laudat, & *decis. 106. num. 7.* Ludov. Molina *de primog. lib. 3. cap 9. num. 21. l. proximus 92. de verb signif.* ibi: *Proximus est, quem nemo antecedit, & c.* & ibi Rebuf. versic. *Insuper nota, in fine.*

64 De todas estas declaraciones, y enunciativas,

que

queda probado, que el vinculador, y Crispiniano de Gaona (que son los de las casas 5. y 7.) eran primos hermanos, hijos de dos hermanos: y assimismo queda probado, ser el dicho Crispiniano ahuelo de D. Crispiniano, D. Ysidra, y D. Octavia, mi parte; y por consiguiente, estos sobrinos, y consanguineos en quarto grado del vinculador.

PARTE QVARTA.

EN QVE SE PRVEBA CON EXPRESsion los bienes del vinculo.

65 LOS bienes, que pro nunc se à podido probar, possee Iosepha Fabregues, del vinculo, y herencia que se pretende, son: La casa, y heredad del Lugar de Albal; la casa, y huerto de la Parroquia de Santa Cruz de la Ciudad de Valencia, en donde habita la dicha Iosepha; y las dos casas de las calles de la Muela, y de la Fosina.

66 Que possea la casa, y heredad de Albal, consta por vn auto de reconocimiento, recibido por Iuan Bautista Queyto Notario, en 20. de Octubre 1688. en el pleyto fol. 62. en el qual muchos dias despues de movida esta demanda, ante el Iuez delegado del Cabildo de la Seo de Valencia, confessò posseer la casa, y heredad de Albal; y en el mismo confiessa, que le perteneciò como à heredera de Ioseph Saydia su marido, y vltimo posseedor del vinculo; y al dicho su marido, con los autos expressados en el reconocimiento que aquel firmò, y recibiò el dicho Queyto en 30. de Iunio 1661. fol. 50. y en este confessò averle pertenecido, como à heredero de Miguel Iuan vinculador; con que no se puede negar, assi por quedar probada la idemtidad de los bienes, como por confession de la misma parte, como por confession del mis-

mismo primer heredero. Pues es principio cierto, en verdadera Iurisprudencia, que los bienes se prueva eran del vinculador, por los reconocimientos del heredero, y demas gravados. Pereg. *dict. art.* 44. *num.* 24. & post eum Fusar. *de substit. quæst.* 618. *num.* 34. *vbi multos laudat*; y para mayor comprobacion, lo articulò mi parte en los *cap.* 3. y 4. de la peticion, del fol. 45. y lo dizen los testigos à fol. 104. sobre el interrogat. 20. y sobre los dichos *cap.* 3. y 4. de la peticion de probanças; y no lo puede negar la parte adversa, quando ella misma pretende la retencion de los mismos bienes, por las mejoras, y sino fueran del vinculo, no cabia la retencion.

67 De la casa de la Parroquia de Santa Cruz, à demàs de hallarse en el inventario del fol. 49. que firmò Dorotea Arguedes, muger del vinculador, y usufructuaria de los bienes de aquel. Lo atestiguan Francisco Romeu, sobre el *cap.* 5. fol. 116. El Dotor Garcia, sobre dicho *cap.* 5. fol. 131. Y Severino Ginart, sobre dicho *cap.* 5 fol. 148.

68 De las casas de la calle de la Fosina, y calle de la Muela, lo deponen Carlos Xarrega, sobre el *cap.* 12. y 13. fol. 121. Iuan Valls, sobre dichos *cap.* 12. y 13. fol. 125. Y el Dotor Garcia, sobre dichos *capitulos, cum seqq.* à fol. 131. Y aunque los testigos no conocieron al vinculador, y por esso no pueden dezir de los bienes, que possehia aquel; pero aviendoles enseñado el inventario que hizo la usufructuaria, atestiguan, que las casas que al presente possee la dicha Iosepha Fabregues, son las que se contienen en el dicho inventario, combinando las afrontaciones modernas, con las que se expressan en el dicho inventario: Lo que es prueva cabal, para la identidad de los bienes; y con mas razon, quando se halla posseerles la dicha Iosepha, heredera del dicho su marido, heredero primo loco del vinculador; en cuyos

terminos basta probar, que se posseen bienes en el Lugar, Villa, ò Ciudad, eo en el termino en donde posse-hia bienes el vinculador, como por comun lo asienta Pereg. *art.*44 *num.*22. *vbi infinitos laudat*; y citando al mismo Pereg. Menoch. Simon de Pretis, Fulgos. Aretin. Bertazol. Mascard. Gravet. Marçar. Farin. y la Rota Romana por comun opinion lo sigue Fusar. *de substit. quæst.*618. *num.*43.

PARTE QVINTA.

EN QVE SE EXCLVYEN LAS MEIORAS, pretendidas por Iosepha Fabregues.

69 PRETENDE Iosepha Fabregues (para en caso que queden probadas por mi parte, todas las calidades para el obtento de la sucesion del vinculo,) la retencion de estos bienes, *vsque quo*, sea pagada de las mejoras, que dize aver hecho en ellos.

70 No se puede dudar, que quando las mejoras estàn legitimamente probadas in specie, y liquidada la cantidad, que aquellas importan, compete la retencion de los bienes mejorados. En nuestro Reyno lo dispone el *Fuer.*7. *rub. de rei vindic.* y por derecho comun, *l. si his quis* 61. *ff. de furt. l. Paulus ff. de doli except. l. si in area ff. de cond. indebiti*, §. *certe inst. de rerum divis.* DD. communiter *in dict. iurib.* Paul. de Castro *cons.*326. Decius *cons.*29. *num.*19. Bursat. *cons.*184. *num.* 57. Menochius *de recup. posses. remed.* 15. Hercules Marescot. *var. lib.*2. *cap.*121. Petr. Ioannes Molinatus *de reten. part.* 2. *quæst.*340. *ferè per totam*, Alex. Ambrosin. *decis.*28. *par.* 2. Gracian. *decis.*225. *num.*12. & ibi Escopa. Cancer. *variar. lib.*3. *cap.*17. *num.*501. *&* *num.*502. Pereg. *de fideicom. art.*44. *num.*8. & ibi Censal. Giurb. *ad const. Messane. cap.*15. *glos.*11. *part.*1. *num.* 12. Anton. Faber. *in*

71 Menos se puede dudar, que en caso de averse de pagar las mejoras, solo se deve pagar la menor cātidad, eo de lo que costaron al tiempo de hazerse, eo de lo que valen al tiempo de la restitucion; de forma, que si costaron 100. lib. y valen 50. lib. solo estas se pagan; y si costaron 50. lib. y valen 100. lib. solo se pagaran las 50. lib. que costaron, es texto expresso, *l. in fundo* 38. *ff. de rei vind.* ibi: *Reddat impensum, & fundum recipiat, & vsque dumtaxat, quo praciotior factus est, & si plus pratio fundi accessit, solum id quod impensum est, l. domos* 58. *ff. de leg.* 1. ibi: *Domos hareditarias exustas, & haredis numis extructas, ex causa fideicommissi, post mortem haredis restituendas, viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis, & adificiorum* (alias qualitatibus, alias quantitatibus) *examinatis respondi, glos.* & ibi com. DD. quos congerit late Antonin. de Amato *resol.* 14. *num.* 6. Marota *controv.* 30. *fere per totam*, pulcre D. Crespi *observ.* 117. *à num.* 168. en donde lo assienta por regla vniversal, en materias de mejoras, ibi: *Secundo quia etiam si pecunia astimanda esset pratio, illa regula circa impensarum, & melioramentorum deductionem, perpetua, & vniversalis est, vt debeantur vsque eo, quod praciotior factus est fundus, & si plus pratio fundi accessit solum quod impensum est, & scripsit Celsus in l. in fundo* 38. *ff. de rei vindic. facta computatione valoris respectu fideicommissarij, non de tempore facti melioramenti: sed de tempore restitutionis, vt docuit Bartol. & c.* y nuevamente à seguido este sentir el Senado de Cataluña, como con suma alabança del Señor Crespi, lo advierte Bonaventura Tristany *decis.* 19. *num.* 12.

72 De esto naze, que como para saber lo que se ha de restituir por las mejoras, se ha de probar, y verificar lo que costaron quando se hizieron, y lo que se halla

me-

mejorada la misma cosa al presente (pues el menor de los dos precios, es el que se deve pagar ,) se ha de verificar, y probar, el estado antiguo de la cosa mejorada , y el presente ; de forma , que no basta verificar vno de ellos, si que los dos copulative se han de probar , para que se puedan repetir las mejoras. De opinion de Negusant. Garcia, Saderch. Merlino, Muta. Caroc. Marescot. Viscont. Sola, y otros, Francisco Marota *discept. foren. cap.* 30. *à num.* 28. Escopa *alios referens in observ.* ad Gracian. *decis.* 225. *num.* 5. Iulius Capon. *discept.* 99. *num.* 46. y lo canonizò la Rota apud Bich. *decis.* 129. *nu.* 21. *& decis.* 670. *num.* 18.

73 Y no probandose el estado antiguo , y moderno de la cosa, que se pretende mejorada, es impossible probar la mejora, como citando muchas decisiones de la Rota noviter Ioannes Petrus Actolin. *resolut.* 31. *num.* 2. ibi: *Cum enim de hoc aparere non possit, nisi prius iustificetur qualis esset antiquus rei status, antequam dicta bona locarentur, & sine huiusmodi probatione, impossibilis sit ipsorummet melioramentorum probatio, & c.* & ibi: *Ex quo in hoc casu testes, super inde examinati ad instantiam Caroli, nihil deponunt de statu in quo reperiebantur dicta bona, antequam illi essent locata, minusque quod fuerit meliorata ab eo , vel ab alio, à quo ipse iura cessa habuerit, ideo cessante huiusmodi probatione, corruit omnino ipsiusmet auctoris intentio, & c.*

74 Supuestos estos principios, que son ciertos , segun la mas verdaderd Iurisprudencia, para demonstracion de que no se han verificado ex adverso estos estrecios, en justificacion de sus pretendidas mejoras, recurrirè con individuacion à ellas : y hablando de las que dize se hizieron en la casa de Albal, las pretende justificar con el decreto de obras , que obtuvo Dorotea Arguedes, en nombre de vsufructuaria, que era de los bie-

nes

nes de esta herencia, y vinculo, el año 1667. en el pleyto fol. 346. para pagar las quales, se otorgò el cargamiento de cēso, fol. 347. en nōbre de posseedora del vinculo; pero de los referidos autos, no se prueva, que se hiziessen las que el decreto menciona necessitavan de hazerse: y por consiguiente, solo puede inferirse del decreto, que se devian hazer, pero no que se han hecho; y siendo las mejoras quid facti, no se presumen hechas, sino se prueva, Marota *multos referens dict. controv.* 30. *num.* 8. y assi para repetirlas, es necessario probar, que se han hecho, Merlin. *decis.* 96. *num.* 3. Thoro *in compend. part.* 2. *verbo meliorationes*, Cyriac. *controvers.* 194. Pereg. *art.* 50. *num.* 54. Actolin. *resol.* 31. *à num.* 1. *cum seqq.*

75 Las otras obras, que dize se hizieron en la casa de Albal, y en la de la calle de la Muela de dicha Ciudad, las pretēde probar con las deposiciones de los testigos, sobre los capitulos de la escritura, del fol. 63. y las deposiciones *à* fol. 158. y reconocidas estas, se advierte, que los testigos Labradores, que son los quatro primeros, solo deponen por la general, que la casa quando la entrò à posseer Ioseph Saydia, estava arruinada, y con necessidad de muchas obras, las quales dizen algunos dellos, que las vieron hazer de orden del dicho Ioseph Saydia; pero interrogados sobre el quinto interrogatorio, todos contestes dizen; que no es de su pericia el valuar lo que importaron dichas obras, ni menos saben lo que costaron de hazer, y en lo mismo contesta el testigo Carpintero sobre el interrogatorio quinto, fol. 239. *B.* y aunque Gaspar Riera Albañil, sobre el interrogatorio quinto, à fol. 228. dize, que costaron mas de 500. lib. pero este testigo como à singular no haze fè *cap. in nomine Domini, de testib. cap. ad omnes* 33. *quaest.* 2. *cum vulgatis*, y su deposicion es diminuta, y manca, pues no dize en que cantidad

dad se halla mejorada la casa, ni menos el estado que tenia antes de hazerse, antes biẽ interrogado desta circunstancia sobre el interrogatorio sexto, fol. 229. *B* dize, que no sabe el que tenia, y siendo el mesmo testigo el que hizo las obras, y cobrò el precio dellas no haze fè para provar las mejoras dellas, punctim Carocius *de locato, & conducto. part. 4. quast. 2. num. 34. fol. 226.*

76 Ni por las relaciones de los peritos, que se hallan à fol. 306. se ha mejorado la prueva, pues licet estos concuerdan en el valor de las obras; pero claudican en que no saben del estado de las casas antes de hazerlas, como los peritos nombrados por Iosepha Fabregues, lo contestan sobre los interrogatorios 1. 5. y 17. a fol. 311. y à fol. 318. y por consiguiente no aviendo visto el estado de las casas antes de hazerse las obras, no cabe en juizio bueno, que valuen lo que se halla mejorada la casa, por causa de dichas obras.

77 Y quando pudiesse resultar algun genero de prueva, por los dichos testigos, y relaciones de expertos, quedaria èsta destruida, por lo que deponen los testigos producidos por mi parte à fol. 100. *usque ad* 153. y ponderadas sus deposiciones en el pleyto, fol. 289. desde el versic. *Per que imprimis, cum seqq.* pues contestan en que la casa de Albal, quando la entrò à posseer el dicho Ioseph, estava buena, sin que se necessitasse en ella de obras capitales; y las que hizo el dicho Ioseph, fueron conservativas; y estas bien sabe el Iurisperito, que no son repetibles, por serle de obligacion al heredero gravado hazerlas, por los frutos que percibe.

78 Y en todo caso, que obras se ayan hecho, que puedan dezirse mejoras, solo por estas, tendrà obligacion mi parte de pagar, aquello que valen al tiempo presente, que es el de la restitucion; que segun los expertos concuerdan, valen todas 206. lib. 18. sueld. y esta

cantidad, la tiene cobrada Iosepha Fabregues, en igual suma, y parte, de la propiedad del censo, del fol. 347.

79 Para lo qual supongo, que el decreto de las obras, por el precio de las quales se otorgò el censo, se obtuvo el año 1667. y que se visuraron todas las obras, de que necessitava la casa. Con que hago este argumento; ò se hizieron aquellas obras entonces, ò no se hizieron? Si no se hizieron, queda sin disputa, que el cargamiento fue nulo, y de ningun efeto; y por consiguiente la retencion, en fuerça de èl totalmente desvanecida. Si las obras se hizieron, son las mismas, que los testigos adversarios testifican vieron hazer, quando entrò à posseer el vinculo el dicho Ioseph; pues todos concuerdan, que las obras las hizo el dicho Ioseph avrà cosa de 20. años pocos mas, ò menos, y desde el año 1667. que se hizo el decreto, hasta el principio de 1689. en que testifican los testigos, bien se vè, que solo ay 20. años pocos mas, ò menos; y si no fueran vnas mismas obras las que el decreto menciona, de q̃ necessitava la casa, y las que los testigos dizen, que hizo Ioseph Saydia, serian estos inverosimiles; pues si el año 1667. ya se huvieran hecho las obras, como el siguiente año, que fue el que entrò à posseer el vinculo Ioseph, pudo la casa necessitar de las mismas obras; y dezir los testigos, que la hallò arruinada, è inhabitable? Con que devemos dezir, que el decreto manifestò las precisas, y Ioseph despues hizo las que los testigos testifican.

80 Siendo, pues, vnas mismas obras, y siendo principio cierto, como queda fundado *num.* que solo se deve restituir, y pagar, lo que valen al tiempo de la restitucion, solo se deverà por ellas, la cantidad en que concuerdan los peritos de ambas partes valen al presente, que son 206. lib. 18. sueld. y en esta cantidad,

dad, solo tendrà el censo valididad, y en fuerça de èl, las tiene cobradas.

81 Y viniendo à tratar, de las mejoras que pretende aver hecho en las tierras, plantando en algunas de ellas viñas, en otras algunos olivos, y en otras algunas moreras, estas mejoras no son repetibles; pues de ellas no consta modo debito, pues tambien la primera, y principal circunstancia, que se deve verificar para el obtento de esta especie de mejoras, es el estado de la cosa al tiempo de hazerlas, y lo que se expendiò, y gastò en ellas; como queda probado supra *num. 66.* y en terminos de mejoras de plantas, viñas, y arboles Actolin. *dict. resolut. 31. à num. 19. cum seqq.* y esta circunstancia no se ha probado, antes bien se ha probado lo contrario; pues los testigos por mi parte producidos contestan, que las viñas estavan plantadas al tiempo que entrò à posseer el vinculo Ioseph Saydia; y que la heredad estava entonces mejor, y de mas buena calidad, que al presente està; de forma, que frutava mas entonces, y se sacava mas arrendamiento de ella, que al presente; y assi deponen, que no solo no ay mejoras, sino que ay peoras; y que si se han plantado algunos olivos, se han arrancado algunos almendros, que valian mas; y si se han plantado algunas moreras, se han arrancado mas numero de ellas; como queda ponderado por mi parte, en el pleyto fol. 289. B. desde el versic. *Venint à tratar, cum seqq.* en donde se acotan los dichos de los testigos, en cuyos terminos no se pueden pretender mejoras, pues estas no se presumen sino se prueban, como queda fundado supra *num. 68.*

82 Y quando quedasse de algun modo probado este genero de mejoras, no serian repetibles; pues segun la mas valida opinion, las mejoras que se pretenden por la plantacion de los arboles, por no ser en si permanentes, y que solo sirven *ad uberiores fructus percipien-*

piendos, no son repetibles, Actolin. *resol.* 31. *num.* 20. *&* 21. Andreolo *controvers.* 390. *num.* 51. Vrceol. *controvers. lib.* 1. *cap.* 49. *num.* 38. Capicius Galeota *lib.* 2. *controvers.* 46. *à num.* 8. *cum seqq.* Tondutus *resol. Civil. part,* 2. *cap.* 154. *num.* 13. y es opinion comunmente recibida de la Rota, pro vt testatur Merlin. *decis.* 118. *num.* 15. Duran. *decis.* 338. *num.* 6. Rojas *decis.* 117. *num.* 18. Bichius *decis.* 496. *num.* 118. y citando otros muchos noviter Bonaventura Tristany, *dict. decis.* 19. *num.* 7. & melius *num.* 11. Y aunque en esta decission el Senado de Cataluña, juzgò à favor de las mejoras, que se pretendian por causa de las plantas de los arboles; pero se deve advertir, que en la dicha decisiion se disputava de vnas mejoras, que por pauto especial de la venda de vna tierra à carta de gracia, las avia ofrecido pagar el comprador, viniendo el caso de la carta de gracia, muy distinto de nuestro caso, que las pide el heredero del gravado, al cabo de tantos años que las ha desfrutado; y assi se deve solo atender, assi se deven segun drecho, que como queda dicho, lo mas corriente es, que no se deve tener consideracion à ellas.

n. 83 Y quando merecieran alguna consideracion, solo por ellas se devia restituir, y pagar lo que costaron tan solamente de plantar, y no lo que los testigos dizen que se halla por ellas mejorada la tierra, actualmente, despues de criadas, como es comun resolucion de todos, signanter en materia de restitucion de mejoras de plantas de arboles, y otras hechas en los predios rusticos, como infinitos referens lo resuelve Tristany *d. decis.* 19. *à num.* 8. *cum seqq.* y segun la celebre dotrina del Señor Vice-Canceller Crespi, (que para este caso se ponderò por vno de los Senadores) lo siguiò el Senado de Cataluña, como lo advierte Tristany *num.* 16.

Y

84 Y la razon (ademas de aquella general, que en materia de estimacion de mejoras establece, que solo se deve restituir *quod minus est, habito respectu ad expensum tempore facta meliorationis, & quod valet tẽpore restitutionis*,) en lo particular de las mejoras de plãtas de arboles, y viñas es; porq̃ el crecer estas, lo tienen de la misma tierra, *& sine novo labore possessoris, solo incremento natura adhibito*; y asi no es mucho, que esto ceda en beneficio, y vtil del dueño del mismo campo, como doctamente Tonduto *vbi supra, d.cap.* 155. *num.* 15. ibi: *Casu quo expensa aliqua esset adiudicanda, sola expensa facta in plantatione, & educatione arborum estimanda esset. Costa de rat. quæst.* 81. *nu.* 12. *Ideo non debent æstimari arbores, quanti nunc valent recentes. Pereg. art.* 50. *num.* 73. *Quia cum tale augmentum procedat ex fundo, Domino fundi redire debet, &c.* Y en fuerça desta misma razon, lo sigue por comun Actolin. *dict. resol.* 31. *à num.* 25. *cum seqq.* & multos referens Giurba *ad const. Messanens. cap.* 15. *glos.* 12. *part.* 1. *num.* 8.

85 De lo que se infiere, que asi respeto de las mejoras de las obras de las casas, como de las que se pretenden hechas en las tierras, se deve dezir, ò que estas no quedan probadas modo debito, ò quando lo queden, tan solamẽte pueden importar la dicha cãtidad de 206. lib. 18. suel. y q̃ estas las tiene pagadas la dicha Iosepha con el referido cargamiento de censo, que como queda dicho solo puede tener valididad en la dicha cantidad, y no en mas; pues solo esta es lo que importan las obras, y teniendo ya à su favor el cargamiento de censo por la propiedad, no puede proceder la retencion, pues no se deve, no viniendo el caso en que pueda ser precisado al quitamiento. Y en respeto de las pensiones, las deve pagar la misma Iosepha Fabregues, hasta tanto que dexe la possession de los bienes, y despues

que entrarà en ella mi parte, tendrà obligacion de pagar aquellas, como à posseedora del vinculo.

86 Parece aver verificado todos los estremos necessarios para el obtento en este pleyto; pues queda fundada la existencia del vinculo, eo fideicommisso; el cumplimiento de la condicion, baxo la qual son substituidos, y llamados los parientes; hallarse la calidad de mas proximos en Don Crispiniano, y sus hermanas; la expression de los bienes; y vltimamente la exclusion de las pretendidas mejoras, estando assegurado, que lo que faltare en esta alegacion, lo suplira este Supremo, y Real Senado, con la suma comprehension, y gran inteligencia, con que acostumbra juzgar: à cuya censura sujeto mi sentir, que con esto merecerà el acierto.

El Doct. Vicente Carda.

Imprimatur.

Pons R. F. A.